

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Droits des patients

Van Gyseghem, Jean-Marc

Published in:

Revue générale des assurances et des responsabilités

Publication date:

2006

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Van Gyseghem, J-M 2006, 'Droits des patients: quelques réflexions', *Revue générale des assurances et des responsabilités*, Numéro 6, p. 141321-141325.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

DROITS DU PATIENT : QUELQUES RÉFLEXIONS

par Jean-Marc Van Gyseghem ⁽¹⁾ ⁽²⁾

1. — Le présent article fait suite à deux exposés donnés à la Conférence du Jeune barreau de Namur en novembre 2005 et devant le barreau d'Arlon en décembre 2005. Il ne s'agit donc pas de faire une ixième analyse de toute la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient (3).

Ces exposés abordant la relation patient/médecin, on parlera principalement ici de médecin et non de praticien professionnel tel que repris dans la loi.

L'auteur prie donc les lecteurs de l'excuser si tous les droits du patient ne sont pas exposés ici et si seuls certains de leurs aspects sont analysés. L'auteur n'a pas la prétention, et loin s'en faut, d'être exhaustif.

2. — Si, à l'origine, le médecin était pour son patient un homme de savoir, cela tenait plus au fait que si le médecin avait suivi des études il n'en allait pas de même pour la majorité des patients.

L'on observe cependant que l'émergence des nouvelles technologies (Internet, entre autres) et la multiplication des émissions traitant de sujets médicaux offrent une vulgarisation de la médecine qui a nécessairement modifié la relation patient/médecin.

3. — C'est dans ce contexte que la Belgique s'est dotée, en 2002, d'une loi relative aux

droits du patient sans, pour autant, faire œuvre de pionnière au niveau européen puisque, avant elle, la Grèce, Israël, la Lituanie, les Pays-Bas et la France avaient légiféré en la matière.

Outre ce contexte particulier, le législateur a également voulu rassembler, en un texte unique, des dispositions que l'on retrouvait éparées dans d'autres textes de loi ou dans la jurisprudence.

Ainsi, les auteurs du projet de loi relatif aux droits du patient avaient pour objectif de :

« Résoudre un certain nombre de problèmes liés à la situation actuelle en matière de droit du patient. Deux caractéristiques sont à cet égard l'inaccessibilité et l'éparpillement des informations. La Belgique ne dispose d'aucune loi relative aux droits du patient.

» (...)

» Comme la plupart des autres pays membres de l'Union européenne, la Belgique est un pays ouvert; sans être totalement inexistante, la protection des droits du patient doit être inférée de traités internationaux, ainsi, le droit à l'intégrité physique est inféré de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, de principes généraux de droit (ainsi, le principe du consentement éclairé est considéré comme un principe de droit médical dans l'ensemble des pays membres de l'U.E.), de dispositions constitutionnelles telle celle relative au droit à la vie privée (article 22 de la Constitution) et aux soins de santé (article 23 de la Constitution) et de dispositions pénales telles celles relatives au secret médical (article 458 du Code pénal).

» Cette situation empêche les patients et les prestataires de soins de prendre simplement connaissance de leurs droits et de leurs devoirs dans le cadre de la dispensation quotidienne des soins, et a pour conséquence qu'ils ne peuvent exercer, après avoir été informés, leurs droits les plus élémentaires tel que le droit de marquer son consentement sur un traitement ou de le refuser » (4).

(4) Projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., session ordinaire n° 50, 1642/001, pp. 8 et 9.

(1) Avocat au barreau de Bruxelles et chercheur au Centre de recherches informatique et droit de la Faculté de droit de Namur (Belgique).

(2) Le présent article ne reflète que les opinions personnelles de l'auteur.

(3) Pour d'autres analyses voy. Jean-Luc Fagnart, « Information du patient et responsabilité du médecin », in *Actualités de droit médical*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 51 et s.; Isabelle Lutte, « Le dossier du patient », in *Actualités de droit médical*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 99 et s.; Yves-Henri Leleu, « La loi du 22 août 2002 relative au droits du patient », *Droit médical*, C.U.P., 5/2005, vol. 79, pp. 7 et s.; Patrick Henry, « A propos du consentement libre et éclairé du patient », *Droit médical*, C.U.P., 5/2005, vol. 79, pp. 161 et s.; Etienne Hannonosset, « Consentement éclairé : fondement, méconnaissance, conséquences », *Droit médical*, C.U.P., 5/2005, vol. 79, pp. 227 et s.; X, *Mémento des droits du patient et responsabilité médicale, la loi du 22 août 2002*, Kluwer, 2003-2004.

Les auteurs du projet de loi relevaient également la dépendance du patient à la bonne volonté de son entourage en mettant en exergue le cas du patient majeur disposant d'une capacité juridique mais cependant incapable de se déterminer ou d'exprimer sa volonté (5).

La mise en place d'une législation relative aux droits du patient se place clairement dans une optique de protection d'un acteur que le législateur estime faible, à savoir le patient. Ainsi, la loi belge ne consacre qu'un seul article aux obligations du patient tandis que la majeure partie du texte met des obligations à charge des médecins.

Elle constitue également une réaction au silence qui, souvent, entoure l'action du médecin et les décisions qu'il prend concernant la santé de son patient. Pour rappel, le texte tend à protéger une personne considérée comme l'acteur faible qu'est le patient dans la relation qu'il a avec le monde médical.

4. — On aura l'occasion d'aborder les questions de l'information et du consentement du patient, de l'accès et la copie au dossier médical pour terminer par la médiation.

I. — INFORMATION ET CONSENTEMENT DU PATIENT

5. — Ces deux droits primordiaux pour le patient sont inscrits aux articles 7 et 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, articles qui doivent se lire comme étant intimement liés. En effet, les droits énoncés à l'article 8 sont le corollaire de ceux repris à l'article 7 ou, en d'autres termes, le consentement éclairé implique nécessairement une information préalable.

A. — L'information

6. — L'article 7 donne au patient le droit de recevoir une information lui permettant de comprendre son état de santé et son évolution probable, information qui ne sera pas nécessairement suivie d'une intervention. En d'autres termes, on peut se trouver dans une situation telle que la seule information donnée au patient consiste à dire que tout

va bien ou, au contraire, qu'aucun traitement ne peut le soigner. Cette information permettra également au patient de recueillir un autre avis s'il le souhaite.

L'information doit être donnée dans un langage compréhensible par le patient. Cette intelligibilité, fondamentale dans l'information, se situe tant au niveau des termes que des concepts utilisés par le médecin.

Les auteurs du projet de loi mentionnent, à ce sujet, que :

« en ce qui concerne la langue dans laquelle la communication avec le patient s'effectue, les règles de la législation linguistique sont d'application. Si nécessaire (y compris dans le cas d'un patient malentendant), le praticien professionnel doit faire appel à un interprète » (6).

Il ressort également des travaux préparatoires que « le patient doit être informé de la nature de l'intervention : est-elle douloureuse?, est-elle effectuée de manière invasive? ... » (7).

Une information doit aussi contenir l'indication des risques *significatifs* et des contre-indications ainsi que des effets secondaires liés à l'intervention projetée ainsi que du caractère d'urgence de cette intervention. Le médecin devra également signaler à son patient les conséquences de son refus ou de son retrait de consentement. Le patient doit également être informé du coût de l'intervention, c'est-à-dire de ses aspects financiers.

Au-delà de cette information essentiellement orale — dès lors qu'elle entre dans le dialogue noué entre le médecin et le patient — elle peut s'accompagner d'un écrit à la demande du patient qui a également la possibilité de demander que les informations soient communiquées à la personne de confiance qu'il aura désignée (8).

(6) Projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., session ordinaire n° 50, 1642/001, p. 20.

(7) Projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., session ordinaire n° 50, 1642/001.

(8) La personne de confiance telle que prévue à l'article 9, § 2, de la loi doit être distinguée du représentant prévu aux articles 12 et suivants de la loi. Par personne de confiance, le législateur a entendu un tiers nommé désigné par le patient qui assistera le patient dans l'exercice de certains droits, et ce, en dehors de toute notion d'incapacité. Il s'agira donc d'un mandataire spécial. Son nom sera consigné dans le dossier médical du patient.

(5) Projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., session ordinaire n° 50, 1642/001, p. 9.

En cas d'intervention (9), l'information doit être donnée préalablement à cette intervention et en temps opportun (10) afin que le patient puisse, éventuellement, consulter d'autres praticiens professionnels avant de donner, ou pas son consentement (11).

7. — Tel est donc le principe postulé par l'article 7 de la loi. Mais comme de coutume, à ce principe général viennent s'ajouter des exceptions dont le refus de la part du patient de recevoir l'information et le refus émanant du médecin de communiquer l'information au patient si celle-ci « risque de causer manifestement un préjudice grave à la santé du patient et à condition que le médecin ait consulté un autre médecin » (12).

8. — La première exception met en œuvre le principe de l'autodétermination informationnelle du patient qui a le droit de savoir mais également de ne pas savoir. Libre à lui d'en assumer les conséquences. La loi a cependant placé un « garde-fou » dès lors qu'elle permet au médecin — appelé praticien professionnel dans la loi — de s'opposer à cette non-communication si celle-ci « cause manifestement un grave préjudice à la santé du patient ou de tiers » (13) et à condition qu'il « ait consulté préalablement un autre praticien professionnel à ce sujet et entendu la personne de confiance éventuellement désignée dont question au [article 7], § 2, alinéa 3 » (14).

Le législateur a donc opté pour la circonscription de cette autodétermination du patient. Il en a posé les limites qui doivent faire l'objet d'une interprétation stricte.

A noter que le risque que peut provoquer la non-communication d'information n'est pas analysé uniquement à l'égard du patient mais également à l'égard des tiers. Pour commen-

ter cela, prenons la problématique du sida et des risques encourus par les partenaires sexuels du patient malade. Il est parfaitement envisageable de voir le médecin aller à l'encontre du refus d'information émanant du patient dès lors qu'il y va de l'intérêt des tiers que le patient sache qu'il est atteint par le virus H.I.V. Cela permettra d'entamer avec lui un processus de responsabilisation qui est la pierre angulaire de toute la politique de santé liée à cette maladie.

Afin de rassurer ou d'aider le médecin dans son choix ou de prémunir le patient contre tout abus éventuel de refus de ne pas communiquer l'information (cette dernière hypothèse étant assez rare, semble-t-il), la loi impose au médecin de prendre avis auprès d'un de ses confrères et d'entendre la personne de confiance si le patient en a désigné une.

9. — Une autre exception au principe d'information concerne le patient majeur se trouvant dans un état d'incapacité d'exercer ses droits lui-même. Intervient alors un nouveau tiers dans la relation patient/médecin en la personne du représentant du patient. En effet, le médecin s'adressera à la personne chargée de représenter le patient en se fondant sur l'article 14, §§ 1^{er} et 2, de la loi. Soit le patient a désigné lui-même un mandataire et cette personne recevra l'information, soit le patient n'a désigné aucun mandataire et le médecin devra alors délivrer l'information à une des personnes reprises au paragraphe 2 de l'article 14 de la loi. Il s'agit d'un système de cascade mis en place par la loi.

10. — Pour ce qui concerne le patient mineur, la loi rappelle que ses droits sont exercés par la personne (parents, tuteur) exerçant l'autorité sur lui (15). Ce premier paragraphe est une application des articles 372 et suivants du Code civil.

Cependant, dans son second paragraphe, l'article 12 prescrit une collaboration du mineur à l'exercice de ses droits suivant son âge et sa maturité. Cette collaboration laissera même place à une autonomie du patient mineur dans l'exercice de ses droits s'il est considéré comme « apte à apprécier raisonnablement ses intérêts » (16). Il appartient au médecin, en l'absence de

(9) Selon les travaux préparatoires, « le terme "intervention" revêt une large signification. Il vise un examen effectué en vue de la fixation du diagnostic ou l'administration d'un traitement, l'intégrité physique du patient étant en jeu » (projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., session ordinaire n° 50, 1642/001, p. 24).

(10) Article 8, § 3 de la loi.

(11) Voy. l'exposé des motifs; projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., session ordinaire n° 50, 1642/001, p. 26.

(12) Article 8, § 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

(13) Article 7, § 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

(14) Article 7, § 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

(15) Article 12, § 1^{er}, de la loi.

(16) Article 12, § 2, de la loi.

toute limite d'âge pour profiter de cette autonomie, d'apprécier si le mineur est apte à apprécier raisonnablement ses intérêts. Si cette exception peut relever de l'évolution du principe d'autodétermination et d'une application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme à l'égard de l'enfant, on peut regretter que ce soit le médecin seul qui prenne cette décision avec un contrôle éventuel *a posteriori* par un juge saisi, le cas échéant, par les parents qui contesteraient cette « majorité médicale ». Peut-être eût-il fallu instaurer l'intervention d'un second médecin à l'instar de ce qui se fait dans le cadre de l'exception thérapeutique en matière d'information.

Cette autonomie a également un impact dans la relation entre les parents du mineur et le médecin car ce dernier sera nécessairement soumis au secret professionnel (17). Cela se déduit du fait que cette autonomie s'applique à tous ses droits dérivés de la loi, en ce compris le respect de sa vie privée prévu à l'article 10 et le secret médical en général.

Le mineur autonome est ainsi investi d'un pouvoir pouvant cependant impliquer la responsabilité civile des parents. En effet, le patient mineur atteint d'une maladie pourrait, par son comportement, engager la responsabilité civile de ses parents sans que ces derniers ne puisse le prévoir (18). Imaginons, par exemple, un enfant atteint d'une maladie sexuellement transmissible qui serait poursuivi par un tiers contaminé. Ses parents pourraient, le cas échéant, être également appelés comme civilement responsables. A méditer...

B. — Le consentement

11. — En corollaire de ce droit à l'information, il y a le droit au consentement, bien que l'on rappelle que toute information ne débouche pas toujours sur une intervention (19).

Ce consentement peut revêtir deux formes à savoir un consentement soit exprès soit implicite, ce dernier découlant du comporte-

ment du patient qui laisse apparaître un consentement de sa part à l'intervention projetée.

En réalité, le législateur n'a pas souhaité donner une forme particulière à ce consentement tout en laissant la possibilité au patient ou au médecin de demander à l'autre de fixer ce consentement par écrit, écrit qui sera ajouté au dossier du patient. A noter que cette demande doit recevoir l'accord de l'autre partie, ce qui signifie que si la demande émane du médecin, il devra obtenir l'accord du patient, et inversement si la demande émane de ce dernier.

Le consentement donné par le patient n'est pas éternel, ce qui signifie que le patient peut le retirer à tout moment, sans devoir motiver sa décision, et sans pour autant renoncer à une qualité de soin. L'illustration de ces propos est le cas d'un patient qui ne marque pas son consentement pour un traitement chimiothérapique ou qui le retire en cours de traitement. Cela ne l'empêchera pas de bénéficier, de la part du médecin, « de soins de qualité avec par exemple le bénéfice de soins palliatifs puisqu'il reste titulaire du droit à des prestations de qualité répondant à ses besoins, et ce, dans le respect de sa dignité humaine et de son autonomie et sans qu'une distinction d'aucune sorte ne soit faite » (20). Cela n'empêchera pas non plus le médecin de l'aiguiller vers un confrère sans pour autant exercer de pression.

Les travaux préparatoires montrent à suffisance que le législateur a clairement exprimé le souci de ne pas voir une fin automatique des rapports juridiques entre le patient et le médecin en cas de refus ou retrait de consentement. Il faut en effet éviter qu'il ne soit mis fin à ces rapports par le médecin et que le patient soit abandonné à son sort. (21)

12. — Il existe cependant des exceptions à ce consentement préalable. Ainsi en va-t-il de l'urgence prévue par le paragraphe 5 de l'article 8, lequel énonce clairement que :

« Lorsque, dans un cas d'urgence, il y a incertitude quant à l'existence ou non d'une volonté exprimée au préalable par le patient ou son représentant visé au chapitre IV,

(17) Voy. à ce sujet Jean-Luc Fagnart, « Information du patient et responsabilité du médecin », in *Actualités de droit médical*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 78, n° 60.

(18) Jean-Marc Van Gyseghem, « Nouvelle perspective législative en matière des droits du patient : critiques », *Bull. ass.*, n° 3, pp. 394-409.

(19) *Cf supra*.

(20) Article 5 de la loi.

(21) Projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., session ordinaire n° 50, 1642/001, p. 27.

toute intervention nécessaire est pratiquée immédiatement par le médecin dans l'intérêt du patient. Le praticien professionnel en fait mention dans le dossier du patient visé à l'article 9 et agit, dès que possible, conformément aux dispositions des paragraphes précédents ».

L'on doit cependant lire cette disposition avec le dernier alinéa du paragraphe 4 de l'article 8 qui donne une prévalence au refus de consentir qui aurait été exprimé par le patient alors qu'il était encore capable d'exercer ses droits. Le médecin devra ainsi s'incliner devant ce refus antérieur à l'état d'urgence rencontré, et ce même si la vie du patient est en danger. A noter que le refus peut venir tant du patient lui-même que de son représentant. Dans ce dernier cas, la loi laisse la possibilité au médecin de déroger à la décision prise par le représentant s'il en va de l'intérêt du patient et doit le motiver dans le dossier médical.

Si le principe semble assez évident, se pose cependant la question de l'extension d'opération en cours d'intervention chirurgicale.

C'est le cas, par exemple, d'un médecin qui, en cours d'intervention chirurgicale, se rend compte que l'état de santé du patient requiert un acte chirurgical complémentaire dans la foulée du premier. Le patient est, bien souvent, inconscient et il est matériellement impossible de prendre avis auprès de son représentant. Cette situation pourrait être considérée comme un cas d'urgence.

En effet, le médecin se trouve manifestement dans l'urgence de prendre une décision, et ce, dans l'intérêt du patient. Il devra faire un calcul de proportionnalité entre, d'une part, ne pas poursuivre l'intervention et, d'autre part, la poursuivre en fonction de l'intérêt de son patient. En d'autres termes, il doit se prononcer sur le danger qu'engendre un réveil puis une seconde anesthésie au regard de la nécessité de prolonger l'intervention dans l'intérêt du patient.

C'est le résultat de cette analyse qui poussera le médecin à choisir l'une ou l'autre des deux options qui s'ouvrent à lui. L'on doit cependant rappeler que le médecin aura toujours à l'esprit que le réveil d'un patient puis une nouvelle anesthésie générale peut toujours se révéler néfaste pour le patient, ce qui aura tendance à pousser le médecin à étendre l'intervention en cours.

On peut également voir cela sous l'angle de l'article 422*bis* du Code pénal ou également de la notion de consentement implicite du patient (22). Cette dernière notion est cependant critiquable dès lors que la loi du 22 août 2002 sous-entend par consentement implicite une information préalable, information qui en cas d'extension d'intervention fait en général défaut. Les auteurs de la loi ont, en effet, défini le consentement implicite comme étant « un consentement à part entière à condition que le comportement du patient ne soit pas équivoque et que celui-ci agisse en toute connaissance de cause » (23).

13. — En matière de consentement lorsqu'il s'agit de mineurs, on renvoie aux développements expliqués en matière d'information.

II. — ACCÈS AU DOSSIER

14. — Le principe de l'accès au dossier médical n'est pas neuf et la jurisprudence — qui n'est pas très abondante en la matière ainsi que le fait très justement remarqué Mme Isabelle Lutte (24) — et la doctrine antérieures le préconisaient déjà. Il en allait également de même dans la loi du 8 décembre 1992 relative à la vie privée qui autorisait un accès — certes bien souvent indirect avant la modification de l'article 10 par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient — aux données à caractère personnel par la personne concernée. En l'espèce, la personne concernée était, la plupart du temps, le patient.

La loi institue donc le principe d'un accès direct du patient à son dossier hormis aux annotations personnelles du médecin, sauf

(22) M. Henry fait état dans son article intitulé « A propos du consentement libre et éclairé du patient » de deux courants doctrinal et jurisprudentiel. On ne peut qu'abonder dans son sens lorsqu'il critique le courant qui restreint la possibilité d'extension d'intervention à la seule situation d'urgence extrême (voy. Patrick Henry, « A propos du consentement libre et éclairé du patient », *Droit médical*, C.U.P., 5/2005, vol. 79, pp. 161 et s.). Cela implique donc que, dans de nombreux cas, le médecin devrait réveiller le patient lorsqu'il n'y a pas urgence extrême avec tous les risques que des anesthésies successives comportent.

(23) Projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., session ordinaire n° 50, 1642/001, p. 25.

(24) Isabelle Lutte, « Le dossier concernant le patient », *Actualités de droit médical*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 99 et s.

si le patient est assisté d'un praticien professionnel (25). L'accès aux données concernant les tiers est également interdit, et ce, même pour le médecin assistant le patient.

L'on doit rappeler, ainsi que le faisait très justement remarquer le conseil national de l'Ordre des médecins (26), que ce droit de consultation se situe dans le prolongement du droit à l'information qui est octroyé au patient.

Il ressort tant de la loi que des travaux préparatoires que le législateur a voulu privilégier l'accès direct afin d'ôter tout sentiment de méfiance dans le chef du patient, méfiance que le patient aurait probablement eue si seul un accès indirect à son dossier avait été possible. A noter que cette prédominance de l'accès direct a motivé la modification de l'article 10 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée.

Ainsi qu'on l'a déjà signalé précédemment, le patient peut se faire assister soit par une personne de confiance, qu'il soit médecin ou non. Si l'on se trouve dans la première hypothèse (médecin), ce dernier pourra également avoir accès aux annotations personnelles se trouvant dans le dossier. Il s'agit donc d'une consultation indirecte à ces données précises. L'on doit entendre, par annotations personnelles, les notes qui sont réservées à l'usage personnel du prestataire de soins et que ce dernier « a dissimulées à des tiers, voire aux autres membres de l'équipe de soins, qui ne sont jamais accessibles » (27).

Par contre, le médecin ne pourra avoir accès aux données concernant des tiers. A noter que cette notion de « données concernant des tiers » n'est développée ni dans la loi ni dans les travaux préparatoires, le législateur se contentant de renvoyer la question au médiateur. Cette absence de tout commentaire à ce sujet est regrettable car cela rend flou une catégorie de données particulièrement bien protégées. A moins que le législateur ait estimé que les termes de « données concernant des tiers » sont

suffisamment explicites, ce dont on est en droit de douter. Pensons aux données génétiques qui concernent tant le patient que des tiers sans qu'il ne soit aisé, pour ne pas parler d'impossibilité, d'en faire le tri (28).

Si le praticien de la santé s'est opposé à la communication des informations en vertu de l'article 7, § 4 (29), cette opposition vaut également pour l'accès de manière directe à son dossier par le patient à condition que cette opposition soit encore pertinente au moment de la demande d'accès. Dans ce cas bien précis, le patient aura dès lors un accès de manière indirecte à son dossier et, uniquement, par l'intermédiaire d'un praticien professionnel. Dans ce cas, ni la personne de confiance ni le représentant non médecin ne pourra donc servir d'intermédiaire.

La loi a également abordé la question de l'accès au dossier d'un patient décédé par des membres de sa famille explicitement énumérés par la loi. Il s'agit de l'époux, du partenaire cohabitant légal, du partenaire et des parents jusqu'au deuxième degré inclus. Cet accès devra s'effectuer par l'intermédiaire du praticien professionnel qui aura été désigné par la personne sollicitant cet accès. Ce droit ne pourra cependant pas s'exercer si le patient décédé s'est expressément opposé, de son vivant, à la consultation par ses proches. En outre, le demandeur doit motiver et spécifier sa demande afin de permettre au médecin d'évaluer le bien-fondé de la demande.

A noter que la rédaction de ce paragraphe fait suite à un avis rendu par la commission pour la protection de la vie privée le 15 juin 2000 (30). La commission s'est déclarée favorable à une telle réglementation établissant un droit d'accès limité tout en établissant une prévalence du refus préalable éventuel du patient. Elle mettait également en exergue le fait qu'il ne pouvait y avoir d'accès automatique mais bien que cet accès serait autorisé après analyse de la demande.

(25) Article 9, § 2, alinéa 3, de la loi.

(26) Projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., session ordinaire n° 50, 1642/001, p. 29.

(27) Projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., session ordinaire n° 50, 1642/001, p. 33.

(28) Voy. Jean-Marc Van Gyseghem, « L'information génétique et la vie privée », Toulouse, Université Paul Sabatier, Université des sciences sociales, 2006.

(29) Voy. *supra*.

(30) Avis 18/2000.

III. — COPIE DU DOSSIER

15. — Dans le prolongement de ce droit d'accès à son dossier par le patient, le législateur a également mis en place un droit de copie de ce dossier, copie qui devra lui être délivrée au prix coûtant. Dès l'entame de la lecture de la disposition, l'on peut se poser la question de savoir ce qu'entend le législateur par les termes « prix coûtant ». Malheureusement, il est muet à ce sujet, de sorte que le médecin devra lui-même établir ce prix coûtant et le patient se verra contraint de l'accepter. A noter que, par copie, le législateur a entendu tant une photocopie qu'une copie sur disquette ou encore une transmission par courrier électronique (31).

Le praticien dispose cependant d'une faculté de refus de communiquer la copie « s'il dispose d'indications claires selon lesquelles le patient subit des pressions afin de communiquer une copie de son dossier à des tiers ». Le législateur a entendu, par cette disposition, éviter de voir le patient subir des pressions de personnes tierces, tels des assureurs ou des employeurs.

16. — Ce droit de copie du dossier du patient n'est cependant pas octroyé aux proches d'un patient décédé. En effet, le législateur a entendu limiter le droit des proches au seul accès indirect.

Dès lors que l'accès est indirect et via un praticien professionnel, la copie est rendue impossible. En effet, si les proches avaient reçu le droit d'obtenir une copie du dossier médical — et ce, même via un médecin — cela aurait enlevé toute pertinence au principe d'accès indirect. Il y a donc une cohérence dans le raisonnement du législateur.

Peut-on cependant trouver ce droit au travers d'une autre législation? Deux lois apparaissent, de prime abord, possibles, à savoir la loi du 8 décembre 1992 relative à la vie privée des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et le Code judiciaire.

Pour rappel, la loi du 8 décembre 1992 s'applique « à tout traitement de données à caractère personnel automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'à tout traitement non

automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier » (32). La notion de données à caractère personnel est, par ailleurs, définie comme étant « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable » (33).

On considère qu'un dossier médical est un fichier au sens de la loi du 8 décembre 2002 à condition que les données soient structurées de manière à ce qu'elles soient accessibles selon des critères déterminés (34), ce qui est le cas pour 99% des cas.

Dans le cadre du projet de loi relatif aux droits du patient, la commission pour la protection de la vie privée a conclu son avis en estimant que les héritiers du défunt devaient, en vertu de la loi du 8 décembre 1992, bénéficier d'un droit d'accès si l'intérêt poursuivi est légitime (35). A suivre cet avis jusqu'à son terme, l'on pourrait considérer que les héritiers pourraient également obtenir copie sur la base de cette même loi (36). L'on se posera cependant la question de la légitimité puisque la loi du 22 août 2002 ne permet pas la copie pour les proches d'un patient décédé. Ce sera une question d'appréciation mais il semble également que la loi du 8 décembre 2002 ne soit pas utile en cette matière dès lors qu'elle s'applique aux personnes physiques

(32) Article 3, § 1^{er}, de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

(33) Article 1^{er}, § 1^{er} de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

(34) Article 1^{er}, § 3, de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Voy. Jean Herveg, Marie-Noëlle Verhaegen et Yves Poulet, « Les droits du patient face au traitement informatisé de ses données dans une finalité thérapeutique : les conditions d'une alliance entre informatique, vie privée et santé », *Rev. dr. santé*, 2002-2003, pp. 56-85; Jean Herveg et Jean-Marc Van Gyseghem, « La sous-traitance des données du patient au regard de la directive 95/46 », *Proceedings* du quinzième congrès mondial de droit médical, 2004 et *Lex electronica*, volume 10, n° 3; Jean Herveg et Yves Poulet, « Introduction au régime juridique du traitement informatisé des données du patient à des fins thérapeutiques dans un service des urgences hospitalier », *Urgences aux urgences*, Presse universitaire de Namur, pp. 25-52; Isabelle Lutte, « Le dossier concernant le patient », *Actualités de droit médical*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 124.

(35) Commission pour la protection de la vie privée, avis 18/2000, du 15 juin 2000.

(36) Article 10, § 1^{er}, b, de la loi du 8 décembre 1992.

(31) Projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., session ordinaire n° 50, 1642/001, p. 33.

encore en vie ainsi que l'a rappelé la commission pour la protection de la vie privée en son avis 18/2000 du 15 juin 2000 avant d'autoriser, par une « cabriolet », l'accès aux héritiers. Soit la loi s'applique, soit elle ne s'applique pas... (37).

La loi du 8 décembre 1992 n'étant pas très utile sur ce point, voyons du côté du Code judiciaire.

Son article 877 prescrit que :

« Lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention par une partie ou un tiers, d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent, le juge peut ordonner que ce document ou une copie certifiée conforme, soit déposée au dossier de la procédure ».

Le Code donne donc pouvoir au juge d'ordonner la production de documents à condition qu'il y ait des présomptions graves, précises et concordantes de leur détention par une partie ou un tiers (37bis).

Dans le cadre d'une demande de copie du dossier d'un patient décédé par ses proches, l'article 877 du Code judiciaire peut-il s'appliquer? La question revêt une certaine importance dès lors que l'on se trouve dans une situation où les proches n'ont pu avoir copie du dossier par une voie extrajudiciaire et se retrouvent donc devant le juge pour faire valoir le bien-fondé de leur demande. De l'autre côté de la barre, se trouve le médecin qui pourra opposer son devoir au secret médical qui porte, de façon évidente, sur toutes les données concernant le patient décédé.

Face à ces deux positions, le juge devra effectuer une analyse entre, d'une part, le fondement et la légitimité de la demande formulée par les proches du défunt et, d'autre part, le secret médical opposé par le médecin. A supposer que la demande de production de dossier médical réponde au prescrit de l'article 877 du Code judiciaire (dans le cas contraire, le juge ne devra pas aller plus loin dans son analyse), le juge devra nécessairement s'attacher à analyser la portée du secret professionnel.

Le secret médical est d'ordre public et « s'impose aussi longtemps que le maître du secret n'en a pas autorisé la divulgation, cette autorisation peut faire fléchir l'obligation au secret et enlève à la révélation tout caractère délictueux » (38). Le médecin peut révéler des éléments couverts par le secret médical s'il est appelé à rendre témoignage en justice (ou devant une commission d'enquête parlementaire) ou si la loi l'y oblige (39).

L'on doit cependant rappeler que le secret médical existe dans le sens d'une protection du patient. L'on doit permettre une relation patient - praticien de confiance en assurant le patient que les données le concernant et révélées au praticien seront couvertes par le secret le plus absolu possible.

Le juge devra donc s'assurer que le secret dont se prévaut le praticien de la santé n'est pas détourné de son but protectionniste et ne sert pas à cacher, par exemple, une faute commise dans le cadre des soins prodigués au patient défunt. Ainsi que l'a écrit M. Herman Nys, reprenant les termes de M. Viaene, « Le délit professionnel exclut le secret professionnel » (40). En d'autres termes, le médecin ne pourra cacher une faute professionnelle derrière un secret professionnel détourné de son objectif de protection du patient.

La Cour de cassation a estimé, dans un arrêt du 29 octobre 1991, que la règle du secret professionnel : « n'est pas absolue et que le juge est tenu d'examiner à la lumière des éléments spécifiques de la cause si le refus du médecin invoquant le secret professionnel de joindre, conformément à l'article 877 du Code judiciaire, les pièces qu'il détient — en l'espèce un dossier médical — au dossier de la procédure au greffe d'une juridiction ne détourne pas le secret professionnel de la nécessité sociale justifiant celui-ci » (41).

Dans un cas quelque peu différent, la Cour de cassation avait déjà affirmé ce principe de protection du patient (42).

(37) Voy. également Jean Herveg, « Une vie privée après la mort? - Le cas des données relatives au patient », *J.T.*, 2005, pp. 489 et s.

(37bis) Voy. Cléo Leclercq, *Éléments pratiques de procédure civile et modèles d'actes*, Bruxelles, Bruylant, 1993.

(38) Paul Lurquin, *Traité de l'expertise en toutes matières*, I, 1985, p. 360.

(39) Article 458 du Code pénal.

(40) Herman Nys, *La médecine et le droit*, Kluwer, 1995, p. 382.

(41) Cass., 29 octobre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 163.

(42) Cass., 20 mars 1989, *J.T.*, 1990, p. 194.

Le tribunal de première instance d'Arlon était allé dans le même sens en estimant que :

« Le secret professionnel auquel l'article 458 du Code pénal oblige les médecins, vise la protection du patient » (43).

Il faut également placer l'analyse des intérêts en présence sur le plan de l'égalité des « armes ». Il serait en effet inique et injuste d'empêcher les proches d'un patient décédé de faire toute la lumière sur le décès de la personne par la seule présence du secret médical. Il y va de l'équilibre de la justice et des droits des diverses parties en présence.

Ainsi le tribunal de police de Nivelles a estimé, dans un jugement du 27 mai 1998, que : « Il pourrait même être supposé qu'une victime n'ait plus la capacité intellectuelle pour délier le médecin de son secret; il serait impensable que dans un tel cas, sous prétexte qu'elle ne peut manifester elle-même sa volonté, il soit impossible de prendre connaissance du dossier médical » (44).

Il appert donc que l'article 877 du Code judiciaire permet de contourner, par voie judiciaire, l'interdiction pour les proches d'obtenir une copie du dossier médical concernant un patient décédé tel que mis en place par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

17. — Dans le cadre de la communication d'une copie du dossier médical d'un patient, se pose la question de l'intervention d'un avocat dans la relation patient - médecin.

Dans le cadre de la consultation de ce dossier, il peut intervenir en sa qualité de personne de confiance. Pour ce qui concerne la copie, il semble qu'il en va de même. Il lui appartiendra cependant de se munir d'une procuration de la part de son client pour éviter tout problème. En effet, dans ce cas-là, il agit en sa qualité de mandataire spécial dès lors qu'il agit en dehors des tribunaux alors que, devant un tribunal, il pourra se prévaloir d'un mandat *ad litem*. L'avocat devra donc être prudent et se munir des documents nécessaires afin de ne pas se voir opposer un refus de communication de dossier.

La situation est différente si la demande de copie intervient, pour la première fois, devant un tribunal. En effet, dans ce cas-là il agit en qualité de mandataire *ad litem* et pourra solliciter que le juge ordonne une telle communication, et ce, en vertu de l'article 877 du Code judiciaire. A noter que dans cette situation où le patient est vivant, le médecin ne pourra invoquer le secret professionnel car le patient lui-même sollicite, par la voix de son avocat, copie du dossier.

IV. — LA MÉDIATION

18. — Une autre nouveauté mise en place par la loi du 22 août 2002 consiste en la médiation en matière de plainte de patients (45).

La loi institue un droit dans le chef du patient d'introduire une plainte auprès d'un médiateur. En vertu de l'arrêté royal du 8 juillet 2003 fixant les conditions auxquelles la fonction de médiation dans les hôpitaux doit répondre, chaque hôpital doit avoir un médiateur en son sein afin de recevoir les plaintes de patients.

Le médiateur est nommé par le gestionnaire de l'hôpital et peut être commun à plusieurs hôpitaux pour autant qu'il y ait un accord de collaboration écrit entre ces derniers.

Son indépendance par rapport à l'établissement hospitalier au sein duquel il travaille est garantie par l'interdiction de sanction à son égard pour des actes accomplis dans le cadre de l'exercice correct de cette mission (46).

L'hôpital est tenu à certaines obligations telle que la mise à disposition d'un environnement administratif et technique nécessaire à l'accomplissement des missions de médiation (47).

Annuellement, le médiateur doit adresser un rapport d'activité ne contenant aucun élément permettant d'identifier les personnes physiques concernée par le traitement des plaintes :

— au gestionnaire, au médecin-chef, à la direction et au conseil médical de l'hôpital;

(45) Voy. à ce sujet Nathalie Noël, « Droit de plainte et médiation », *Memento des droits du patient et responsabilité médicale, la loi du 22 août 2002*, Kluwer, 2003-2004, pp. 107 et s.

(46) Article 3 de l'arrêté royal du 3 juillet 2003.

(47) Article 4 de l'arrêté royal du 3 juillet 2003.

(43) Civ. Arlon, 6 mars 1992, *J.T.*, 1992, p. 642.

(44) Pol. Nivelles, 27 mai 1998, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13203.

— à la commission fédérale « Droits du patient » institué par l'article 16 de la loi du 22 août 2002.

Si le patient n'entre pas dans les conditions d'accès à un médiateur au sein d'un hôpital (par exemple, il dépose une plainte au sujet d'un médecin non hospitalier), il s'adressera au médiateur fédéral dans les conditions prescrites aux articles 9 et suivants de l'arrêté royal du 1^{er} avril 2003 réglant la composition et le fonctionnement de la commission fédérale « Droits du patient » instituée par l'article 16 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

19. — La mise en place de cette médiation ne peut qu'être bénéfique tant pour les praticiens professionnels que pour les patients eux-mêmes. En effet, le patient souffre, bien souvent, d'une absence de communication avec le médecin, absence qui le pousse à se tourner vers les tribunaux. La mise en place de cette médiation permettra — vœux pieux? — de juguler la recrudescence d'actions judiciaires au profit d'un dialogue constructif. En effet, le médiateur aura pour tâche de rétablir un dialogue interrompu entre le patient et son médecin. Il servira de pont entre les deux.

Cela évitera également au patient de s'engager dans une procédure longue et onéreuse qui ne lui apportera souvent pas la réponse à ses questions.

L'avocat consulté par un patient mécontent de son médecin ne devra donc pas oublier le médiateur et, peut-être, devrait éventuellement entamer sa quête de vérité par cet intermédiaire.

20. — Tel qu'annoncé en termes d'introduction, la présente contribution se voulait être une certaine approche de la loi sur les droits du patient sans se targuer d'en explorer tous les recoins.

La loi a indubitablement le mérite d'organiser des droits qui existaient déjà dans diverses législations et dans la jurisprudence mais qui n'étaient pas toujours connus par les patients. L'on peut cependant regretter que les obligations du patient ne soient pas plus explicitées et ne soient pas plus présentes dans une loi qui se veut manifestement protectrice de ses droits, en sa qualité de personnes jugée comme faible par le législateur.

Toute loi est perfectible et le législateur ne devrait pas hésiter à faire un bilan de l'application de la loi du 22 août 2002 via la commission fédérale « Droits du patient ».